



EU-Domstolens politiske magt

Martinsen, Dorte Sindbjerg

Published in:
Økonomi og Politik

Publication date:
2018

Document version
Peer-review version

Citation for published version (APA):
Martinsen, D. S. (2018). EU-Domstolens politiske magt. *Økonomi og Politik*, 91(1), 25-34.

Dorte Sindbjerg Martinsen, professor, Institut for Statskundskab, Københavns Universitet,
dm@ifs.ku.dk

EU-Domstolens politiske magt

Økonomi og Politik (2018), 91 (1): side 25-34.

Dansk abstract: EU domstolens politiske magt

Den Europæiske Unions (EU) domstols politiske rolle og magt er ofte blevet fremhævet i såvel teoretiske som normative diskussioner om EU integration. Den dominerende fortælling har været, at domstolen med sine ekspansive fortolkninger af EU retten er drivende for EU's integration, og at der er meget lidt Fællesskabets politikere kan stille op, når domstolen fortolker imod de politiske præferencer. Denne artikel analyserer forholdet mellem ret og politik i EU indenfor det velfærdspolitiske område og finder i modsætning til den gængse antagelse, at EU's politiske kampplads forholder sig aktivt og ofte kritisk til den retlige integration. Den politiske reaktion er afgørende for, hvor bred og generel betydning den retlige integration får - også i forhold til dansk politik.

English abstract: The political role of the Court of Justice of the European Union

The political role and power of the Court of Justice of the European Union (CJEU) have often been emphasised in both theoretical as well as normative discussion on EU integration. The dominant narrative has been that the expansive interpretations of the European Court are main drivers of European integration and that there is very little EU politicians can do to curb unwanted jurisprudence. This article analyses the relationship between law and politics concerning EU welfare integration and demonstrates that contrary to the conventional assumption, the EU political arena is both actively and often critically responding to legal integration. The political responses constrain the scope and general impact of legal integration, which also condition the ways in which Danish politics is affected by the famed and often shamed European Court.

EU-domstolens politiske magt

EU-domstolens politiske rolle og magt er ofte blevet fremhævet i såvel teoretiske som normative diskussioner om EU's integration. Siden amerikansk – men også dansk – forskning for mere end tre årtier siden indplacerede domstolen som den måske mest magtfulde institution i det Europæiske Fællesskab, er det blevet gentaget, at domstolen med sine ekspansive fortolkninger af EU retten er drivende for integrationen (Stein, 1981; Rasmussen, 1986; Weiler, 1991). Samtidigt har opfattelsen været, at der er meget lidt Fællesskabets politikere kan stille op, hvis de skulle være imod den juridisk drevne integration (Alter, 1998; Burley and Mattli, 1993). I forholdet mellem ret og politik i den Europæiske Union (EU) trumfer den retlige integration over den politiske, og 'juristokratiet' har fået meget store magtbeføjelser.

Ovenstående fortolkninger af EU domstolens position identificerer en retsliggørelse af politik, som har store konsekvenser for magt og demokrati. Retsliggørelse af politik markerer ”a process that involves greater reliance on courts and judicial procedures to address major public policy issues and political disputes” (Kelemen, 2013: 295). EU-domstolens magt er i denne optik underminerende for den parlamentariske suverænitæt, som her konkluderet af den amerikanske forsker Alex Stone Sweet:

“Parliamentary supremacy, understood by most students of European politics to be a constitutive principle of European politics, has lost its vitality. After a polite, nostalgic nod across the Channel to Westminster, we can declare it dead. [...] The work of governments and parliaments is today structured by an ever-expanding web of constitutional constraints. In a word, European policy-making has been judicialized” (Stone Sweet, 2000: 1).

Sådanne udlægninger af retlig aktivisme og 'dynamiske' domstole, hvor politik i stigende grad sættes ud af spillet, har i høj grad dannet skole indenfor EU studier af ret og politik. Men udlægningen har også haft stor betydning i den politiske og normative debat om EU. Her er EU domstolens politiske magt ofte blevet fremhævet som ikke-demokratisk og som eksempel på EU systemets underminering af national suverænitæt. Også i debatten bag Storbritanniens Brexit afstemning fyldte domstolens rolle en del, og dens magt blev kritiseret.

De mange teoretiske og normative antagelser taget i betragtning er det bemærkelsesværdigt, at vi fortsat savner mere systematiske undersøgelser af EU-domstolens politiske rolle, analyseret i form

af hvilken *indflydelse* domstolens afgørelser får på national lovgivning, på national administrativ og retlig praksis og på EU politik. Er EU domstolen reelt i stand til at skabe mere generel politisk forandring – eller er dens indflydelse snarere politisk betinget? Kan EU-domstolen presse den europæiske integration fremad mod den politiske vilje? Og accepterer politikerne, hvad domstolen dikterer?

To veje til undersøgelse af EU domstolens politiske indflydelse

En undersøgelse af EU-domstolens politiske indflydelse kan tage to veje. Enten undersøger man hvorvidt domstolens praksis skaber forandring på nationalt niveau. Eller også analyserer man de retlige afgørelses betydning for EU-politik. Ift. første undersøgelsesdesign vil man undersøge, hvorvidt den overnationale domstols domme anvendes og efterleves på nationalt niveau. At foretage en sådan analyse vil kræve, at vi undersøger, hvorvidt nationale domstole anvender EU-domstolens domme i deres afgørelser, hvorvidt national forvaltning ændrer praksis for at efterleve nye EU-domme og/eller hvorvidt regeringen og Folketinget vedtager nye love og bekendtgørelser for at leve op til EU retspraksis. En del forskning har undersøgt den nationale anvendelse og efterlevelse af EU-retspraksis, indenfor enkelte politikområder og forskellige landestudier (se blandt andre Conant, 2002; Blauberger, 2012; Martinsen og Mayoral Diaz-Asensio, 2016; Slepcevic, 2009; Wind, 2009). Resultaterne viser, at landene ikke altid forholder sig til domstolens praksis, men når de gør, har de ofte ret stort råderum, når de overnationalt afgørelser skal omsættes til den hjemlige arena.

Forskning har vist, at domstolsdrevet national påvirkning er en lang proces, hvor nationale domstole, politik og forvaltning kan have stor betydning for, hvordan EU-domstolens konklusioner omsættes hjemme i den nationale arena (Blauberger, 2012; Conant, 2002; Slepcevic, 2009; Martinsen og Mayoral Diaz-Asensio, 2016). EU-retten, som fortolket i Luxembourg, skal rejse langt ud i de mange medlemsstater, skal igennem en del forhindringer og nogle gange kreative omfortolkninger, før den bliver – eller ikke bliver – til konkrete rettigheder og forpligtelser for den enkelte borger eller virksomhed. Domstolens magt og indflydelse på det nationale niveau synes altså mere spredt og varierende end den skitserede dominerende antagelse.

Hvad så med domstolens indflydelse på EU politik? Når EU domstolens direkte nationale påvirkning varierer og betinges af nationale 'oversættelser', kunne man antage, at domstolens indflydelse på politik er stærkere, når retlig integration fører til politisk integration (Wasserfallen, 2010). Dvs. når domstolens fortolkninger af EU retten kodificeres og indskrives i EU lovgivning.

Når retspraksis skrives ind i EU's forordninger og direktiver, går den fra at være bindende for den konkrete sag - og lignende sager - til at blive bindende i alle medlemsstater.

Hvorvidt retlig integration fører til politisk integration var hovedspørgsmålet i det projekt, jeg i 2015 afsluttede med bevilling fra Det Frie Forskningsråd for Samfund og Erhverv (Martinsen, 2015). Metode, antagelser og resultater fra dette studie er grundlaget for det følgende. Studiet undersøgte forholdet mellem ret og politik i EU indenfor det velfærdspolitiske område. Argumentet bag valg af det velfærdspolitiske område som case var, at velfærdsområdet er en stærk testcase (George og Bennett, 2005: 120-123) til afdækning af en eventuel påvirkning fra retlig integration til politisk integration, idet casen opfylder to kriterier; 1) Velfærdsområdet er et af de områder, hvor der har været flest afgørelser fra EU-domstolen og 2) det samtidigt udgør det et område, hvor man må antage, at politikere vil engagere sig, når EU griber ind i. Afgørelser om ret til velfærd på tværs af grænser, sundhedsbehandling i andre medlemsstater, ligebehandling, lige løn for mænd og kvinder, sundhed og sikkerhed på arbejdspladsen mv. har været bragt for EU domstolen og helt sikkert haft afgørende betydning for de borgere eller organisationer, der har ønsket sagerne for domstolen. Spørgsmålet i forskningsprojektet var imidlertid om domstolens afgørelser gennem efterfølgende EU lovgivning førte til mere generel forandring – for de mange?

Hvordan kan vi undersøge EU-domstolens politiske indflydelse?

Konkret lød forskningsspørgsmålet for undersøgelsen; *I hvilken grad og under hvilke betingelser får EU domstolens domme indflydelse på EU's velfærdspolitiske lovgivning, dvs. EU's forordninger og direktiver indenfor det social område?*

Indflydelse er helt centralt i beslutningsprocesstudier og et kernespørgsmål indenfor statskundskaben.

“The interest in influence stems, in turn, from its conception as a fundamental intervening variable for the analysis of decision-making. Influence is to the study of decision-making what force is to the study of motion – a generic explanation for the basic observable phenomena” (March, 1955: 432).

Imidlertid viste det sig udfordrende empirisk at undersøge, om en institutions (domstolen) fortolkninger får indflydelse på, hvordan en lovtekst bliver til og det endelige indhold af en lovtekst. Undersøgelsesdesignet hentede her inspiration fra studier af interesseorganisationers indflydelse på

politik, hvor indflydelse bl.a. har været undersøgt ud fra en 'preference attainment approach' (Dür, 2008; Klüver, 2011). Her udledes en interesseorganisations præferencer før en beslutningsproces går i gang ud fra tilgængelige positionspapirer og sammenholdes så med den lovtekst, der endelig bliver vedtaget. Herved afdækkes i hvilken grad interesseorganisationen har fået sine præferencer igennem.

Imidlertid gav det ikke så meget mening at undersøge EU-domstolens præferencer, da det er tvivlsomt at sådanne eksisterer – i ren form i hvert fald – og de i øvrigt næppe kan udledes. I stedet blev en 'law attainment' tilgang anvendt (Martinsen, 2015: 9 ff). Alle EU Kommissionens oprindelige forslag for forordninger og direktiver vedtaget mellem 1 januar 1958 frem til 1 juli 2014 blev indhentet og analyseret for, hvorvidt de havde en reference til domstolens afgørelser og begrundede dele af retsakten i retspraksis. Kommissionens retlige begrundelser blev sammenholdt med de refererede domme. Gennem kompromistekster og ændringsforslag af Kommissionens forslag blev det så videre analyseret, om politikerne i Ministerrådet og Europaparlamentet accepterede at skrive retspraksis ind i den generelt bindende retsakt.

'Law attainment' tilgangen muliggjorde altså en undersøgelse af, i hvilken grad retspraksis skrives ind i et forslag, samt hvorvidt de efterfølgende politiske aktører accepterer en retlig begrundelse for principper og artikler i den vedtagne retsakt.

'Law attainment' tilgangen afdækker retlig integrations indflydelse på politiske integration gennem analyse af dokumenter, i.e. forslag, ændringsforslag, kompromistekster og vedtagne lovtekster. Den kan imidlertid ikke afdække, hvordan politikerne debatterer, forhandler og begrunder deres positioner i lyset af domstolens retspraksis.

For at åbne op for processen, der udspilles mellem ret og politik blev tre processtracing studier udført (Beach og Pedersen, 2013; George og Bennett, 2005). Tre detaljerede, mere aktuelle, case studier blev foretaget, hvor de politiske forhandlinger blev fulgt mens de udfoldede sig: arbejdstidsdirektivet (COM (2004) 607), patient rettighedsdirektivet (COM (2008) 414) og regulering af udstationering; Monti II forordningen (COM (2012) 130) og håndhævelsesdirektivet for udstationering (COM (2012) 131).

For denne del af undersøgelsen blev 78 semistrukturerede forskningsinterviews foretaget med kernerrespondenter, dvs. centrale deltagere i de konkrete beslutningsprocesser, der fulgte i kølvandet på domspraksis: Embedsmænd i Kommissionen, embedsmænd, der forhandlede i Rådets

arbejdsgrupper, embedsmænd, der repræsenterede formandsskabslande, ordførere og skyggeordførere i Europaparlamentet, repræsentanter fra de nationale og europæiske sociale partere samt konsulenter og assistenter i Europaparlamentet og det danske folketing. Herudover blev relevante officielle og uofficielle dokumenter undersøgt.

EU domstolen og integrationen af velfærd

Domstolen i Luxembourg har indimellem sendt chok ud i det velfærdspolitiske landskab. Som for eksempel da domstolen i 1998 dømte, at fri bevægelighed for tjenesteydelser også gælder for sundhedsydelser og senere fulgte op med at konkludere, at det gælder uagtet, hvordan sundhedssystemerne er finansieret eller organiseret. I 2000 konkluderede domstolen, at lægers rådighedsvagter, der tilbringes på arbejdsstedet, er en del af de samlede arbejdstid som ifølge EU's arbejdstidsdirektiv højst må være 48 timer om ugen. Senere i 2007 sendte domstolen fagbevægelsen og mange andre i Laval-chok ved at dømme at fri bevægelighed for tjenesteydelser stod over konfliktretten. Flere domme kunne tilføjes.

Dommene havde det til fælles, at de skabte en ubalance mellem den etablerede lovgivning og de dynamiske retlige fortolkninger. De blev set som juridisk aktivisme i færd med enten at underminere velfærdsstaten eller den nordiske arbejdsmarkedsmodel, eller som værende godt i gang med at etablere en social Union uden noget politisk mandat. Endelig medførte dommene et pres på EU Kommissionen for at foreslå lovgivning, der kunne genetablere en forudsigelig og balanceret retstilstand. Altså Kommissionen blev bedt om – eller tog selv initiativ til – at rydde op efter, hvad nogen så som retligt-skabt kaos. Andre så som nye muligheder.

EU kommissionen og domstolen

I udgangspunktet er det altså op til EU kommissionen, hvordan den mener man skal forholde sig til retspraksis. Undertiden bliver kommissionen og domstolen portrætteret som et enigt makkerpar, hvis vigtigste opgave er at skubbe integrationen fremad. Fortællingen er her, at domspraksis bruges strategisk af kommissionen til at presse eller overbevise medlemsstater og europaparlamentarikere om, at de ikke rigtigt har andet valg end at acceptere, hvad domstolen allerede har sagt: Det er den her vej integrationen går. Domstolen har talt – om I kan lide det eller ej. I forskningsprojektet blev det til dels bekræftet, at kommissionen forsøger at bruge domspraksis som en autoritativ begrundelse for, at der kun er et afgrænsede sæt af valg, man politisk kan træffe. Men analyserne viste også, at kommissionen ikke har videre succes hermed. Det er der flere grunde til;

- 1) Kommissærerne er faktisk ikke altid enige. Kommissærerne læser fx ikke dommene på samme måde og kan have forskellige fortolkninger af den samme politiske ramme. Som for eksempel da kommissionen første gang ville fremsætte sit patientrettighedsdirektiv, for at følge op på domstolens fortolkninger ift. ret til planlagt behandling i en anden medlemsstat. Her reagerede de socialdemokratiske kommissærer kraftigt imod forslaget som fremlagt af kommissæren for det indre marked og fik forsinket fremsættelsen af forslaget.
- 2) De forskellige administrationer i Kommissionen, de såkaldte generaldirektorater, kan have forskellige fortolkninger af, hvad domstolens domme muliggør politisk. Efter Laval dommen kom Rüffert og Luxembourg dommene, som begrænsede medlemsstaternes muligheder for at stille betingelser og kontrollere udstationerende virksomheder. I Kommissionens forslag til et håndhævelsesdirektiv for udstationeringsområdet mente generaldirektoratet for det indre marked, at dommene skulle føre til en lukket liste af kontrolforanstaltninger ift. udstationerende virksomheder, mens generaldirektoratet for sociale anliggender og beskæftigelse argumenterede for en åben liste, der ville give medlemsstaterne bredere mulighed for kontrol.
- 3) EU's lovgivende institutioner – Ministerrådet og Europaparlamentet – har forskellige politiske holdninger til, hvordan man skal besvare domstolens praksis og kan bevæge sig langt væk fra kommissionens hensigter og betragtninger.

Endeligt viste det sig, at kommissionen ikke altid er på linje med domstolen. Resultaterne peger på, at når kommissionen er enig med domstolen, begrundes forslaget ganske meget med domstolens egne fortolkninger. Kommissionen vil her formulere initiativer som nødvendighedens politik; 'vi er nød til at gøre sådan og sådan, for det har domstolen sagt'. Men når Kommissionen mener, domstolen er gået for vidt eller trådt forkert, vil der være få henvisninger til domstolens praksis, selvom teksten reelt foreslår at modificere effekten af domstolens praksis (Martinsen, 2015: 103-133). Som en Kommissionsembedsmand udtrykte det på en konference om EU's sociale dimension 'hør nu her, vi kan altså ikke åbent gå imod domstolen'. Det blev sagt i en diskussion af forslaget til en Monti II forordning, der skulle rette op på efterdønningerne af Laval-chokket.

Mellem ret og politik i EU

I de teoretiske udlægninger om en dynamisk domstol har forklaringen på domstolens politiske magt været, at EU's politikere ikke kan eller vil stille noget op mod domstolen, fordi (Alter, 1998, 2001; Burley og Mattli, 1993; Mattli og Slaughter, 1995; Stone Sweet og Brunell, 2012; Kelemen, 2008);

- 1) Domme fremstår for tekniske, for apolitiske, til at de får den fornødne politiske interesse. Politikerne har ikke blik for at en dom kan bruges politisk og bag juridisk-tekniske formuleringer drives integrationen frem.
- 2) EU politikere – og politikere i det hele taget – er mest optaget af, hvad der rører sig her og nu. De handler ud fra kortsigtede tidshorisonter og ift. det kommende valg, mens EU domstolen har det lange perspektiv.
- 3) EU's politiske system er for fragmenteret. EU's beslutningsproces og de mange forskellige politiske interesser gør det næsten umuligt at etablere det nødvendige flertal, der skulle korrigere domstolen. Hvis det drejer sig om traktatmæssige fortolkninger, kræver det en traktatændring, og det er så godt som umuligt med den enstemmighed, det kræver mellem medlemsstaterne og efterfølgende ratificering i de nationale parlamenter eller i befolkningerne. Og hvis det er fortolkninger af almindelig lovgivning, er de institutionelle barrierer også meget høje. De almindelige retsakter kræver kvalificeret flertal i medlemsstaterne og er blevet sværere at få igennem, nu hvor det som oftest også kræver flertal i Europaparlamentet.

Forskningsprojektet viste imidlertid, at der er behov for at revidere vores syn på EU politikken og den retlige integrations indflydelse på de politiske processer og beslutninger. Domstolens fortolkninger *får* politisk opmærksomhed. Når kommissionen fremsætter forslag, der begrundes i domstolens praksis, går den politiske aflæsning og fortolkning i gang, og politikerne i Ministerrådet eller Europaparlamentet er ikke bare villige til at acceptere en domstolsbegrundet forslags ud fra argumentet om, at der ikke er noget andet valg, fordi domstolen allerede har fastlagt lovens ånd og bogstav. Som en af Europaparlamentarikerne udtrykte det;

“Because the worst that could happen – and that goes for all policy areas – would be just to leave it to the European Court to decide. You don't find many politicians who think that would be great” (Interview, Europa Parlamentet, 17 februar 2009).

For det andet var den politiske glemsel ikke så udpræget, som vi ofte antager. Hvis politikerne i ministerrådet eller Europaparlamentet skiftes ud eller glemmer, ja, så har de andre institutionelle

dele af systemet en vis hukommelse. Det være sig blandt embedsmænd, eksperter eller interesseorganisationer. Den institutionelle hukommelse, der herved tilføjes den politiske proces, viste sig at være langtrækkende og omfattende.

For det tredje; nok er EU's politiske system fragmenteret, men vigtige kompromisser kan etableres, der kan begrænse konsekvenserne af domstolens domme. Som i andre politiske systemer er det et spørgsmål om den politiske flertal, i Rådet og parlamentet hver især og på tværs. Samme fragmenterede system vil gøre det ligeså svært at etablere det nødvendige politiske flertal for at kodificere domstolens praksis ind i politisk lovgivning.

Domstolens indflydelse på EU politik

Forskningsprojektet viste, at over tid er EU's politiske institutioner blevet mindre villige til at acceptere en domstolsdrevet forandringsproces. Det synes at være mere politisk opmærksomhed på domstolen og mindre accept af at generalisere, hvad domstolen har fortolket frem. Der stilles i høj grad spørgsmålstejn ved indhold og retning af den juridiske integration, og hvis man ikke er enig, udøves der modstand. Modstanden kommer ikke til udtryk gennem traktatændringer, der en gang for alle ruller domstolen tilbage og klipper dens vinger. Modstanden udspiller sig gennem de almindelige lovgivningsprocesser, hvor politikere modsætter sig at kodificere – dvs. fuldt ud at acceptere – domstolsinitieret integration og i stedet vedtager undtagelser eller indarbejder kompromisser i lovteksten, der modificerer den politiske effekt af den retlige integration.

Det skal understreges igen, at undersøgelsens genstandsfelt er det velfærdspolitiske område, og det er muligt, at resultaterne ville være andre, hvis analyserne havde set på politikområder, der er mindre politisk følsomme. Men det interessante ved velfærdsområdet er netop, at der her findes tydelige sammenstød mellem det indre marked og national politik. Lignende eller andre sammenstød vil formegentligt også gøre sig gældende indenfor miljø, skat, retlige og indre anliggender, transport mv.

Projektet viste et politisk afgrænsningsrum for, hvad der bliver effekten af domstolens domme – hjemme i medlemsstaterne, for borgere og virksomheder. Ift. patientrettighedsdirektivet, som netop var et forsøg på at forholde sig til domstolens praksis, foreslog kommissionens generaldirektorat for det indre marked først, at indføre domstolens retspraksis i servicedirektivet, hvilket ville betyde at

patienter kunne tage til en anden EU medlemsstat og få behandling uden nogen form for forhåndsgodkendelse, bortset fra de ydelser, der kræver indlæggelse på et hospital. Regningen ville bagefter blive betalt derhjemme. Den del af servicedirektivet blev hurtigt taget ud på foranledning af Europaparlamentet, ligesom direktivet mere generelt blev udvandet. I forhandlingerne af det efterfølgende direktiv blev muligheden for national kontrol med hvilke behandlinger, man kan få i udlandet udvidet betragteligt, sådan at forhåndsgodkendelsen i dag kan anvendes – og bliver anvendt – for en stor del af ambulante behandlinger, der defineres som højt specialiserede og omkostningstunge. Kommissionen fik ikke meget kontrol med, hvad medlemsstaterne definerer som krævende forhåndsgodkendelse, og indtil videre har direktivet da også vist sig at have begrænset betydning for patienternes mobilitet.

Medlemslandene med deres restriktive udgangspunkt ift. patientrettigheder vandt altså over domstolen – i denne omgang. Så hvad der i udgangspunktet så ud til at kunne give udvidede rettigheder, er indtil videre ikke blevet til meget. Ved afslutningen på forhandlingerne meddelte kommissionen da også, at den endelige tekst var på kant med domstolens praksis – men accepterede det alligevel (Martinsen, 2015: 170-172). Kommissionen havde ikke andet valg end at acceptere den politiske grænse for domstolens mere liberale udlægning. Mindst lige så vigtigt er det understrege, at domstolen har taget EU-lovgivers korrektion til efterretning og i senere domme har været på linje med lovgivers ord (Hatzopoulos, 2013; Baeten og Palm, 2013). Det havde domstolen teoretisk set ikke behovet at gøre, da de tidligere domme var baseret på traktaten og derfor teoretisk set ikke kan ændres med andet end en traktatændring. I praksis pågår der imidlertid en institutionel dialog mellem domstol og lovgiver, og dialog er som bekendt væsensforskellig fra monolog, idet heri agerer og reagerer begge institutioner og ikke den ene alene (Hatzopoulos, 2013: 141).

Også forhandlingerne på udstationeringsområdet understreger, hvordan retsliggørelse blev mødt med stor politisk modvind (Martinsen 2015, 185-224). Her ift. den efterhånden berømte kvartet af Laval, Viking, Rüffert og Luxembourg dommene. Dommene blev brugt aktivt i forhandlingerne, og blev brugt strategisk efter politisk interesse men også opponeret imod, som her pointeret af en af embedsmændene i Ministerrådet:

“Absolutely. Especially from the Commission’s side for example. Viking and Laval, for example, they use a lot. You see it very, very particularly coming back in article 9, which we think is a good thing since – as far as we see it – article 9 is a good reflection of the case law, but it’s also very difficult to... It’s a matter of

interpretation, of course. How do you see the case law of the Court? We've not been asking the Court to interpret article 9 for us. It's a number of cases, a variety of cases of which the Commission has picked certain elements and well, you see, that the positions differ or the interpretations differ .." (Interview, Ministerrådet, 25. juli 2012).

Selvom Kommissionen i høj grad begrundede sit Monti II forslag pba. retspraksis, fik forslaget kun kort levetid. De nationale parlamenter - med det danske folketing i spidsen - smed det gule kort mod kommissionens forslag, der netop skulle rette op efter Laval og Viking dommene. Kommissionen trak sit forslag tilbage. Forhandlingerne om håndhævelsesdirektivet for udstationering fortsatte og forholdt sig til bl.a. Rüffert og Luxembourg dommene. Den lukkede liste af kontrolforanstaltninger, kommissionen oprindeligt foreslog, blev afvist og en åben liste blev i stedet vedtaget. Desuden blev kædeansvar for byggeriet vedtaget, selvom det gennem dele af forhandlingerne så ud til at være ude. De medlemsstater, der allerede har kædeansvar fastholdt i imidlertid, at det skulle med i direktivet, blandt andet som en form for værn mod domstolens fremtidige fortolkninger, der måske kunne finde kædeansvar i strid med de frie bevægelighedsprincipper. En form for politisk forebyggelse, der står i modsætning til antagelsen om politikens korte tidshorisont.

I øjeblikket forhandles der igen politisk om udstationeringsdirektivet (KOM (2016) 128). I det nye forslag fra Kommissionen er det interessant, at der ingen referencer er til Laval, Rüffert eller de andre kontroversielle domme. De er forsvundet som dug for solen. Til gengæld er der én reference til den senere opblødende dom, sagen Sähköalojen fra 2015, hvor domstolen fastslog, at mindsteløn kan forstås bredt og defineres nationalt. Domstolen synes altså også her at have læst de politiske bekymringer i kølvandet på de tidligere domme og bløde op på sine fortolkninger. Når kommissionen nu foreslår at skifte udstationeringsdirektivets 'mindsteløns' begreb ud med et bredere 'aflønnings' begreb med begrundelse i denne dom, understreger det igen, hvordan kommissionen sorterer i hvilke domme, man bringer frem og også tænker politik ind i, hvordan man anvender dommene.

EU-domstolens magt forhandles politisk

Så EU politikken er altså afgørende for, hvor bred og generel betydning den retlige integration får. Det er vigtigt for vores demokratiske diskussion af EU's retlige orden og politiske system. Selv når

domstolen buldrer derudaf, kan politikken komme igen. De politiske svar er langt fra fuldstændige, men består af kompromisser og halve løsninger, som i andre politiske systemer. Men de politiske processer i råd og parlament forholder sig til den retlige integration. I rummet mellem ret og politik pågår den institutionelle dialog, der bl.a. fastlægger balancen mellem indre marked og social dimension, mellem integration og national autonomi.

EU domstolen har ofte været beskyldt for retlig aktivisme, forstået som når domstolens fortolkninger går videre, end hvad politikerne er blevet enige om eller skaber regler, hvor ingen regler er. Men rummet for aktivisme skabes først og fremmest ved uklarheder og/eller ufuldstændigheder i EU's regler. EU domstolen er uden tvivl anderledes end de danske domstole ved sin dynamiske og retsskabende fortolkningsstil. Men retsskabelsen muliggøres også af et mere åbent og ufuldstændigt regelsæt i EU, hvor 28 medlemslande og Europaparlamentet indgår enormt komplekse kompromisser i deres daglige forhandlinger, der siden skal implementeres nationalt og gennemføres i praksis. Det bliver så domstolens rolle at fortolke på ufuldstændige kompromisser og præciserer de uklarheder, der opstår, når EU lovgivning møder national ret og praksis.

I den kontekst er det næsten umuligt, at EU domstolen ikke indimellem opleves som at gå for langt eller gå imod de politiske præferencer. Når det sker, kan det ramme hårdt i den nationale politik. Som for eksempel set ved den danske SU-sag fra 2013, hvor EU-domstolen dømte, at udenlandske studerende i Danmark kan modtage SU, når de samtidigt er arbejdstagere. Danmark har efterfølgende strammet op på den administrative praksis, og kontrollerer meget mere hyppigt, at de studerende, der som arbejdstagere får dansk SU, også er berettigede dertil. Tiden vil vise, om Danmark finder det nødvendigt at arbejde for en EU politisk korrektion af domstolens fortolkninger, f.eks. ved at arbejde for en præcisering af arbejdstagerbegrebet eller afprøve det nationale råderum for mulige betingelser, der er gangbare ift. EU-retten for at få dansk SU. Lars Løkke Rasmussens varslede 'rimelighedspakke' peger på, at vi kan forvente noget i den retning (Politiken, 10. august 2017).

Så vi må forvente den institutionelle dialog mellem ret og politik fortsætter i EU – som afgørende rammesætning for dansk politik. EU's politiske kampplads forholder sig aktivt og ofte kritisk til den retlige integration og kan begrænse konsekvenserne af domstolens fortolkninger ganske betydeligt. De politiske grænser for domstolens indflydelse trækkes gennem forhandling på tværs af medlemsstater og institutioner og har ikke nogen entydige vindere og tabere, men består af kompromisser og indrømmelser. Som national politik afhænger det endelige udfald af det politisk

flertal. Så konklusionen her er ikke, at EU politik har det sidste ord eller overtrumfer domstolen, men at EU's politiske kampplads har afgørende betydning for, hvad der i længden bliver konsekvensen af de juridiske fortolkninger – og dermed for EU domstolens politiske rolle og indflydelse. EU-domstolens bredere magt indrammes og indskrænkes i betydelig grad af politiske beslutninger.

Litteratur:

- Alter, K. (1998) 'Who are the 'Masters of the Treaty'? European Governments and the European Court of Justice'. *International Organization* 52(01):121-47. Alter, K. (2001) *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford: Oxford University Press.
- Baeten, R. og W. Palm (2013) 'The Compatibility of Health Care Capacity Planning Policies with EU Internal Market Rules', in J.W. van de Gronden, E. Szyszczak, U. Neergaard and M. Krajewski (eds.), *Health Care and EU Law*. The Hague: T.M.C. Asser Press: 389-413.
- Beach, D. og R.B. Pedersen (2013) *Process-tracing methods: Foundations and guidelines*: University of Michigan Press.
- Blauberger, M. (2012) 'With Luxembourg in mind... the remaking of national policies in the face of ECJ jurisprudence'. *Journal of European Public Policy* 19(1):109-26. Burley, A.-M. og W. Mattli (1993) 'Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration'. *International Organization* 47(01):41-76. Conant, L.J. (2002) *Justice Contained, Law and Politics in the European Union*, Ithaca: Cornell University Press.
- Dür, A. (2008) 'Measuring Interest Group Influence in the EU. A Note on Methodology'. *European Union Politics* 9(4):559-76. George, A.L. og A. Bennett (2005) *Case studies and theory development in the social sciences*: MIT Press.
- Hatzopoulos, V. (2013) 'Actively talking to each other: the Court and the political institutions'. *Judicial activism at the European Court of Justice*. Edward Elgar, Northampton:102-41.
- Kelemen, R.D. (2008) 'The Americanisation of European law? adversarial legalism a la Europeenne'. *European Political Science* 7(1):32-42.
- Kelemen, R.D. (2013) 'Judicialisation, Democracy and European Integration'. *Representation* 49(3):295-308.

- Klüver, H. (2011) 'The contextual nature of lobbying: Explaining lobbying success in the European Union'. *European Union Politics* 12(4):483-506.
- March, J.G. (1955) 'An introduction to the theory and measurement of influence'. *American Political Science Review* 49(02):431-51.
- Martinsen, D.S. (2015) *An Ever More Powerful Court? The Political Constraints of Legal Integration in the European Union*, Oxford: Oxford University Press.
- Martinsen, D.S. og J. Mayoral Diaz-Asensio (2017) 'A Judicialisation of Healthcare Policies in Denmark and Spain? The Universalist Healthcare Model Meets the European Union'. *Comparative European Politics* 15 (3): 414-434.
- Mattli, W. og A.M. Slaughter (1995) 'Law and Politics in the European Union: A Reply to Garrett'. *International Organization* 49(1):183-90.
- Rasmussen, H. (1986) *On law and policy in the European Court of Justice: a comparative study in judicial policymaking*: Dordrecht: Nijhoff.
- Slepcevic, R. (2009) 'The judicial enforcement of EU law through national courts: possibilities and limits'. *Journal of European Public Policy* 16(3):378-94. Stein, E. (1981) 'Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution'. *American Journal of International Law* 75(1):1-27.
- Stone Sweet, A. (2000) 'Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe', in J. Hayward and E.C. Page (eds.), *Governing the New Europe*. Cambridge: Polity Press.
- Stone Sweet, A. og T. L. Brunell (2012) 'The European Court of Justice, State Noncompliance, and the Politics of Override'. *American Political Science Review* 106(1):204-13.
- Wasserfallen, F. (2010) 'The judiciary as legislator? How the European Court of Justice shapes policy-making in the European Union'. *Journal of European Public Policy* 17(8):1128-46.
- Weiler, J. (1991) 'The Transformation of Europe'. *The Yale Law Journal* 100:2403-83.
- Wind, M. (2009) 'When Parliament Comes First-The Danish Concept of Democracy Meets the European Union'. *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* 27:272.